



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13602.000454/2007-28
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **2803-01.584 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 17 de maio de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente FUNDAÇÃO MUNICIPAL ENS. SUP. CONS. LAFAIETE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 28/02/2007

CONFIGURAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO.

Considera-se segurado empregado a pessoa física que presta serviço à empresa e atende os requisitos do art. 12, inciso I da Lei 8.212/91, quais sejam, prestação de serviço à empresa, caráter não eventual, subordinação e remuneração.

TAXA DE JUROS

São devidas e legais a aplicação de taxa de juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como, a aplicação da taxa SELIC, enunciadas nas súmulas 4º e 5º do CARF.

MULTA. RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Fica assegurada à empresa a aplicação da multa prevista na legislação atual, se mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, desde que mais favorável ao contribuinte. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Osmar Pereira Costa que entende que deve ser aplicada a Portaria PGFN/RFB14/2009.

Processo nº 13602.000454/2007-28
Acórdão n.º **2803-01.584**

S2-TE03
Fl. 171

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Osmar Pereira Costa.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de lançamento, período 03/2005 a 02/2007, relativo a contribuições devidas à Seguridade Social (segurados, empresa, SAT/RAT) incidentes sobre a remuneração paga ao trabalhador Nelson Osvaldo Pereira, em contraprestação aos serviços de professor prestados à notificada, com as características descritas às fls. 60/61, que comprovam a presença dos requisitos do conceito de segurado empregado, encontrado no art. 12, inciso I, alínea "a" da Lei 8.212/91. As contribuições para terceiros (Salário Educação, INCRA, SESC e SEBRAE) foram lançadas em NFLD específica (DEBCAD 37.028.087-3), tendo em vista que se encontra em curso ação judicial impetrada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com o fim de que seja reconhecida, como de Direito Público, a Fundação notificada. A referida ação encontra-se em grau de recurso no Tribunal de Justiça, expediente 000.00851-1.0183.05.09243-0/003, cujo resultado final refletirá na definição do FPAS da notificada, com repercussão nas contribuições de terceiros por ela devidas.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 28/09/2007 (fl. 01), apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal confirmou a procedência do lançamento.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 23/06/2008, fl. 154, inconformado interpôs recurso voluntário, em 09/07/2008, alegando em síntese:

- a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB deve rever seus lançamentos fiscais como dever de autocontrole;

- houve cerceamento de defesa e não foram observados os princípios da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal. Basta uma simples análise da extensa e interminável documentação pleiteada pela fiscalização, para se verificar que o prazo concedido para sua apresentação é por demais exíguo. Deve ser possibilitada à impugnante a juntada ulterior dos documentos faltantes;

- o professor Nelson Osvaldo Pereira não é empregado do recorrente. Na realidade, a Faculdade contratou os serviços da empresa denominada Doce Magistris Ltda, concernentes prestação de serviços didáticos e pedagógicos, inexistindo quaisquer ilegalidades. O simples fato de referida pessoa jurídica pertencer à Meire Luci Monteiro Pereira, esposa do referido professor, não encerra ilicitude ou intenção de burlar o Fisco Previdenciário, pois inexistente relação empregatícia entre a Faculdade e o professor Nelson;

- com relação à alegação de que "os valores correspondentes são depositados na Agência 504-5 Conta Corrente 5480-1 NELSON OSVALDO PEREIRA" verifica-se outro equívoco da fiscalização. A esposa do referido professor é uma das sócias da citada empresa, sendo que a conta corrente noticiada é de titularidade conjunta entre ela e o Sr. Nelson. Dessa forma, os depósitos destinados à empresa eram depositados na conta corrente de titularidade da sócia majoritária, não constituindo "salário" depositado para o professor Nelson, mas apenas os pagamentos acordados em virtude da prestação de serviços noticiada. Um dos elementos da relação de emprego é a prestação de serviços por pessoa física e não jurídica, razão pela qual não há falar em relação empregatícia entre a Faculdade e a empresa Doce Magistris Ltda, nos termos do art. 3º da CLT. Não há relação de emprego entre o recorrente e a pessoa física Nelson Osvaldo Pereira.

- a taxa SELIC que a lei pretende equiparar a juros moratórios, possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes ofende a norma inscrita nos artigos 161, § 1º do Código Tributário Nacional e 192, § 3º da Constituição Federal;

- a ilegalidade da multa aplicada. A multa superior ao percentual de 12% deve ser afastada. Impõe-se a redução da multa ao percentual previsto no artigo 35, inciso II, alínea "a", da. nº 8.212/91, o que fica desde logo requerido.

- por fim, requer a improcedência do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, fl. 169, e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

Consta do relatório fiscal, fls. 60/61, que o lançamento fiscal se refere ao enquadramento de segurado empregado, nos seguintes termos:

(...)

5. Compulsando os documentos e livros apresentados, foi constatado que a Fundação através de seu estabelecimento acima identificado admitiu Nelson Osvaldo Pereira (aposentado por invalidez desde 1998), em 01/04/2002 como empregado para exercer a função de professor, sendo registrado às folhas 26 do livro registro de empregado nº 3 (cópia anexa) e demissão em 03/01/2005, QUE APESAR DE DEMITIDO continuou prestando serviços à Faculdade de Direito sem o devido registro, como provam os documentos (cópias anexas).

- recibos de pagamento a autônomo (07/03/2005 -18/03/2005);

- folha de pagamento geral mensal (03/2005 a 10/2005), Banco do Brasil - Auto Atendimento;

- *Transferência entre contas correntes (Agência 504-5 Conta Corrente 8154-X FAC DIREITO C LAFAIETE debitado e creditado Agência 504-5 Conta Corrente 5480- 1 NELSON OSVALDO PEREIRA, datado de 19/07/2005);*

- *Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF - Ministério da Fazenda, referente IRRF - Nelson Osvaldo Pereira - 06/2005;*

- *NUMERO DA NOTA: 081387 de 10/03/06, 081929 de 31/03/06, 084975 de 15/07/06 e 085003 de 15/07/06, com visto do Assessor de Ensino Dr Nelson Osvaldo Pereira;*

- *Convite ao professor Nelson Rosenvald para conferência na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, como usuário do servidor de email da mesma (nelson.cge@fdcl.edu.br);*

- *amostragem de notas fiscais nº 000008 (13/03/1006), 000018 (01/12/2006), 000019 (02/01/2007) e 000020 (01/02/2007) da Doce Magistris Ltda, Contrato de prestação de serviços Didático-Pedagógico e Jurídico entre Faculdade de Direito e a Doce Magistris cujo valor corresponde ao salário de um professor titular, autorização par depósito e procuração.*

5.1. Constituída pela esposa e filhas do professor Nelson, a empresa Doce Magistris Ltda não presta serviços para outras empresas ou entidades, as notas fiscais são emitidas em ordem seqüencial, e os valores correspondentes são depositados na Agência 504-5 Conta Corrente 5480-1 NELSON OSVALDO PEREIRA

6. O fato gerador da contribuição previdenciária é o serviço prestado pelo segurado empregado NELSON OSVALDO PEREIRA e a base de cálculo, os valores recebidos pelo mesmo, conforme consta na planilha: Pagamento a Nelson Osvaldo Pereira, e a contribuição devida, conforme Art. 20, 22, incisos I, II letra 'a', 28, inciso I, e 30 inciso I, letra "a" e "b" da Lei 8.212, de 24/07/1991, combinado com os art. 201 incisos I, § 1º art. 202, inciso I, 214 inciso I, e 216 inciso I, do Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social-RPS.

6.1. Percentuais aplicados: 20% parte patronal, 1% RAT e 11% parte do empregado sobre o limite máximo, ônus da empresa pelo fato de não ter havido o desconto.

6.2. A Fundação não informou em GFIP — Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social, os fatos geradores de contribuição previdenciária descritos no subitem 5.1.1.

7. O cálculo do débito da empresa é feito pela Secretaria da Receita Federal do Brasil — SRF13 de forma automatizada (informatizado), momento em que são criados Códigos de Levantamentos que servem para conter e agrupar valores

devidos (de mesma natureza) e respectivos recolhimentos, tudo em valores originários:

7.1 No caso presente foi criado o seguinte código:

NEL — Vínculo Nelson.

7.2 O débito da empresa é referente ao seguinte período e contribuições:

. Parte patronal, período: 03/2005 a 02/2007;

Parte do segurado empregado (desconto) ônus da empresa, período: 03/2005 a 02/2007;

RAT, período: 03/2005 a 02/2007.

(...)

A decisão de primeira instância manteve o lançamento fiscal procedente, fls. 150/151, reconhecendo o vínculo entre Nelson Osvaldo Pereira e o recorrente, em razão da documentação analisada e da seqüência de atos que levaram à sua conclusão, nos termos seguinte:

O sujeito passivo contesta o débito, ainda, sob o argumento de inexistência de vínculo de emprego de Nelson Osvaldo Pereira, que prestaria serviços em decorrência de contrato com a pessoa jurídica "Doce Magistris Ltda".

Entretanto, é o princípio da primazia da realidade que norteia a caracterização de segurados empregados, sendo irrelevante o aspecto formal do pacto da prestação de serviços. Constatada a existência dos pressupostos de que trata o art. 12, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.212/91, o trabalhador é considerado segurado empregado. Neste sentido o §2º do artigo 229 do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99, estabelece que "Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação (grifo nosso) preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado"

Na hipótese analisada, em que pese o alardeado contrato do sujeito passivo com a pessoa jurídica "Doce Magistris Ltda", as informações e documentos dos autos comprovam a seguinte realidade fática:

- Nelson Osvaldo Pereira, aposentado por invalidez desde 1998, foi admitido pelo sujeito passivo em 01/04/2002, para exercer a função de professor, formalmente registrado às fls. 26 do Livro de registro de empregado nº 3 (cópia anexa) e demitido em 03/01/2005.

- Embora "formalmente demitido", Nelson Osvaldo Pereira continuou a prestar os mesmos serviços de professor ao sujeito passivo conforme comprovam os seguintes documentos:

- Recibos de pagamento a autônomo para o período 07 a 18 de março de 2005;

- Folha de pagamento geral mensal Banco do Brasil — Auto atendimento período março a outubro de 2005;

- Transferência entre contas correntes, à débito da notificada e à crédito de Nelson Osvaldo Pereira (na agência 504-5, conta corrente 5480-1);

- Documento de Arrecadação de Receitas Federais — DARF, de junho de 2005, relativo ao Imposto de Renda de Nelson Osvaldo Pereira, retido/recolhido pela notificada;

- Notas de despesas à conta da notificada com visto do seu Assessor de Ensino, Nelson Osvaldo Pereira (Notas de números: 081387 de 10/03/2006; 081929, de 31/03/2006; 084975, de 15/07/2006 e 085003, de 15/07/2006) ;

- Convite à conferencista, formulado em nome da notificada por Nelson Osvaldo Pereira, que figura também como usuário do servidor de email do sujeito passivo (Nelson.cge@fdcl.edu.br);

- Contrato de prestação de serviços Didático Pedagógico e Jurídico entre Faculdade de Direito e a Doce Magistris cujo valor corresponde ao salário de um professor titular, autorização para depósito e procuração;

- As notas fiscais de serviços da empresa Doce Magistris Ltda. são emitidas exclusivamente para a sujeito passivo, como, por exemplo, cita-se a seqüência : nota fiscal nº 000008 -3/03/2006, nota fiscal nº 000018 - 01/12/2006, nota fiscal nº 000019 - 02/01/2007 e nota fiscal nº 000020 (01/02/2007);

- O sujeito passivo pagaria à Doce Magistris Ltda mediante depósito na agência 504-5, Conta Corrente 5480-1, que, conforme a defesa, é conta conjunta da pessoa física prestadora de serviços, Nelson Osvaldo Pereira, com a sócia majoritária da Doce Magistris Ltda e também esposa do citado professor.

A defesa alega que não há irregularidade no fato de Nelson Osvaldo Pereira ter sido seu empregado até janeiro de 2005, nem no fato da empresa Doce Magistris Ltda pertencer à esposa do referido professor. Entretanto, como já visto, não se trata de fatos isolados. A farta documentação dos autos comprova que, apesar das formalidades de demissão e constituição de pessoa jurídica, não houve, na realidade, descontinuidade do contrato de trabalho entre o sujeito passivo e a pessoa física Nelson Osvaldo Pereira, que nesta condição se enquadra no conceito do art. 12, inciso I, alínea "a" da Lei 8.212/921. Devidas, portanto, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração ao citado segurado empregado no período do lançamento.

Como se pode notar do relatório fiscal, da decisão de primeira instância e dos autos, existe vasta documentação que comprova a caracterização do segurado como empregado, Sr. Nelson Osvaldo Pereira, nos termos do art. 12, inciso I da Lei 8.212/91, quais sejam, prestação de serviço à empresa, caráter não eventual, subordinação, remuneração e pessoa física. Todos comprovados por intermédio de documentação acostada aos autos. Correta a atitude da autoridade fiscal em lavrar a notificação fiscal, nos termos do art. 229, parágrafo 2º do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo decreto 3.048/99.

Lei 8.212/91

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Decreto 3.048/99

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I-como empregado:

a)aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

(...)

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

§2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.(Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

O contribuinte deve demonstrar que os argumentos da autoridade fiscal e da autoridade julgadora de primeira instância são improcedentes. A simples argumentação de que a Fundação (Faculdade) contratou os serviços da empresa denominada Doce Magistris Ltda, concernentes prestação de serviços didáticos e pedagógicos, não é prova suficiente para invalidar o lançamento fiscal. O contribuinte deve provar que inexistente relação empregatícia entre a Faculdade e o Sr. Nelson Osvaldo Pereira e que a relação contratual, de fato, é com a pessoa jurídica.

O princípio da entidade, mencionado na Resolução do Conselho Federal de Contabilidade – CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993, art. 4º, estabelece que não se pode confundir ou misturar finanças/patrimônio pessoais dos sócios nem de terceiros com as finanças/patrimônio da empresa.

Art. 4º. O Princípio da ENTIDADE reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, o Patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.

Parágrafo único – O PATRIMÔNIO pertence à ENTIDADE, mas a recíproca não é verdadeira. A soma ou agregação contábil de patrimônios autônomos não resulta em nova ENTIDADE, mas numa unidade de natureza econômico-contábil.

JUROS E TAXA SELIC

São devidas e legais a aplicação dos juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil, bem como, a aplicação da taxa SELIC, enunciadas nas súmulas 4º e 5º do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

MULTA

A multa aplicada pela Lei nº 8.212/91, na redação introduzida pela Lei nº 11.941/2009, estabelece a distinção entre multa de mora (art. 35) e a multa de ofício (art. 35-A). Suas aplicações devem seguir formas distintas, aplicando-se para a multa de mora o art. 61 da Lei nº 9.430/96, e para a multa de ofício o art. 44 da Lei nº 9.430/96. Este entendimento, também, é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Processo - AGRESP 200601560547.

A multa de mora, art. 35 da Lei nº 8.212/91 deve ser aplicada para pagamento fora do prazo previsto na legislação e será calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso limitada a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96.

A multa de ofício, art. 35-A da Lei nº 8.212/91, deve ser aplicada nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (I - 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II - 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal). O lançamento de ofício está previsto no art. 149 do CTN:

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas por meio de lançamento de ofício decorrem do fato de omissão na declaração e recolhimento intempestivos da contribuição, nos termos do Processo -RE-AgR 241087. O julgado é acompanhado pelo STJ, REsp 330519/RS, e Tribunais Federais - TRF-3ª Região, AC 94.03.010836-3/SP, e TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.047531-2/DF; que compreendem que deve ser efetuado o lançamento de ofício quando constatada diferença a menor, ou inexistência de pagamento, ou irregularidades na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão).

As alterações trazidas pela Lei nº 8.212/91 quanto à aplicação da multa devem ser observadas no caso objeto de análise, buscando o disposto nos artigos 106, inciso II, e 112, ambos do CTN, no sentido de se analisar e aplicar a norma que for mais benéfica ao contribuinte.

A análise será realizada pela comparação entre os valores das multas: a) aplicadas nos lançamentos por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941/2009; b) por descumprimento de obrigações acessórias, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941/2009; e c) de ofício calculada na forma do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, acrescido pela Lei nº 11.941/2009.

No presente caso, por estar a notificação fiscal classificada como fato de omissão na declaração (GFIP) e recolhimento intempestivos da contribuição de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão), considerando que os tribunais (STF e STJ) fixaram entendimento de que se trata de lançamento de ofício, a multa a ser aplicada será a prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte.

CERCEAMENTO DE DEFESA

O contribuinte não apresentou novos documentos até o presente momento. Ressalta-se que, a contar do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF (fl. 45) com ciência do contribuinte em 29/03/2007 até a data da ciência das lavraturas das notificações fiscais em 28/09/2007 (fl. 01), transcorreram aproximadamente 6 (seis) meses, tempo razoável para apresentação da documentação solicitada pela autoridade fiscal. Ademais, as Instruções para o Contribuinte - IPC (fl. 02), item 2.3, informa prazo de 30 (trinta) dias da data da ciência para apresentação de impugnação, nos termos do art. 10º, inciso V, do Decreto 70.235/72.

Não há que se falar em ilegitimidade do lançamento fiscal em razão de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal, pois o crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório de Lançamento – RL, contendo a competência (mês e ano), a base de cálculo, a discriminação dos serviços prestados, bem como, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD, que informa as alíquotas e os valores das contribuições previdenciárias devidas, a Instrução para o Contribuinte – IPC, os Fundamentos Legais do Débito – FLD, a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, Relatório Fiscal, e demais informações constantes das folhas 01 a 120.

CONCLUSÃO

Processo nº 13602.000454/2007-28
Acórdão nº **2803-01.584**

S2-TE03
Fl. 180

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, desde que mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima